

Международное инвестиционное право: проблемы принудительного изъятия иностранной собственности

*Фархутдинов И.З.**

1. Исторические аспекты

Проблемы национализации, в том числе национализации иностранной собственности, продолжают оставаться актуальными в России до сих пор. Иллюзии последних лет насчет того, что этот этап мы уже пережили и можно выкинуть за борт истории накопившийся за долгие десятилетия практики национализации в различных странах богатый доктринальный материал, с точки зрения опыта и теории международного права не имеют никаких оснований. Особенно в свете того, что в последнее время в массовом сознании очередной раз возникла мысль о необходимости передела собственности в целях восстановления социальной справедливости. Нет также сомнений в том, что в условиях продолжающейся общей политико-экономической нестабильности возрастает степень политических (некоммерческих) рисков.

Право государств национализировать собственность иностранных инвесторов было одним из наиболее дискуссионных вопросов международного права. Страны, экспортирующие капитал, неизменно выступают за то, что международное право допускает принудительное изъятие иностранной собственности только при условии, если того требуют «общественные интересы» и выплаты «незамедлительной, достаточной и действительной компенсации» в соответствии с так называемой формулой Халла. Предыстория этой господствующей на Западе доктрины такова. В 1938 г. возник спор между США и Мексикой по поводу национализации нефтяных месторождений, находившихся в собственности иностранных, в том числе американских, компаний. Государственный секретарь США Корделл Халл утверждал, что международное право требует, чтобы Мексика выплатила «достаточную, действительную и незамедлительную компенсацию». Сокращенно норматив, на который ссылались Соединенные Штаты Америки, как правило, называется формулой Халла.

* Фархутдинов Инсур Забирович – к.ю.н., докторант ИГПРАН.

Что касается государств – реципиентов капитала, то они выступают за то, что вопросы права собственности являются прежде всего прерогативой национального законодательства, которое может допускать изъятие собственности иностранных инвесторов, например, по цене ниже рыночной. Этот аргумент использовался в продолжающихся спорах вокруг иностранных инвестиций в Латинской Америке, массовых национализаций в освободившихся от колониального режима странах Азии и Африки.

Напомним, что когда госсекретарь Халл потребовал, чтобы Мексика незамедлительно заплатила инвесторам США за их экспроприированные нефтяные концессии, он просто применил правила, которые правительства США и западноевропейских государств использовали в отношениях между собой не один десяток лет. Международные суды также применяли эти нормативы к делам между государствами Европы и Северной Америки, за небольшими исключениями, а также в ходе прекращения нефтяных концессий на Ближнем и Среднем Востоке.

Таким образом, одной из главных задач в правовой защите иностранных инвестиций является обеспечение гарантий от применения всякого рода принудительных мер по изъятию иностранной собственности, что с точки зрения известных юристов-международников представляется важнейшей проблемой инвестиционного права в целом¹. Кстати, Советская Россия была первым государством, которое, как пишет Дж. Уайт², не только ввело в обиход совершенно незнакомое в то время слово «национализация», но и на практике показало всему миру, что это значит. Большевистский декрет 1918 г. национализировал все более или менее крупные предприятия в стране, в том числе принадлежащие иностранному капиталу. Впоследствии в ходе новой экономической политики (НЭП) зарубежные инвесторы, ведущие широкую инвестиционную деятельность в нашей стране на основе концессионных соглашений, еще раз потерпели фиаско. Причем, в 30-40-е годы XX века известные международные арбитражные суды вынесли решения о необходимости выплаты компенсации западным концессионерам, но СССР недвусмысленно отказался их исполнять. Интересно, что многие из западных фирм, которые сейчас выступают

¹ Лукашук И.И. Международное право. Особенная часть. М., 1997. С. 210; Щербина-М. Защита частной собственности в международном праве// Московский журнал международного права. 1999. № 2. С. 3-5.

² White G. Nationalization of Foreign Property. London, 1961. P. 3

в качестве инвесторов на территории России, в свое время уже лишились своих капиталов, что, кстати, лишний раз доказывает актуальность данной темы.

Как видно, проблема принудительного изъятия иностранной собственности имеет длительную историю. В 60-70-е годы XX века в ООН, других международных организациях шли острые дискуссии вокруг правовых норм экспроприации, которые инициировали освободившиеся от колониального гнета страны Азии и Африки в попытках создания так называемого нового международного экономического порядка (НМЭП). «Великий спор вокруг экспроприации» начала 70-х годов бушевал в связи с якобы существовавшим конфликтом между суверенными правовыми государствами в отношении своих природных ресурсов и его обязательствами согласно международному праву соблюдать вытекающие из контрактов права или права собственности иностранных инвесторов применительно к этим ресурсам.

Между тем проблема национализации иностранной собственности весьма сложна и противоречива. Чтобы ее лучше понять, сначала необходимо выяснить, что конкретно подразумевает по этому вопросу международное право. При этом позиции различных юристов-международников определяются тем, какие задачи они призваны решать. Хотя некоторые специалисты занимают в этом вопросе более или менее нейтральную позицию.

2. Принудительное изъятие иностранной собственности:

проблемы понятийного аппарата

Необходимо внести ясность в понятийный аппарат, который используется, когда речь идет о мерах принудительного изъятия иностранной собственности. В литературе используются на этот счет разные дефиниции. В западных источниках чаще применяется слово «экспроприация», переводимое с английского как «отчуждение, конфискация имущества». Например, в Сеульской Конвенции об учреждении многостороннего агентства по гарантиям инвестиций (МИГА) от 11 октября 1985 г.³ говорится об экспроприации или аналогичных мерах, что включает в себя «любое законодательное действие или административное действие или бездействие, исходящее от принимающего пра-

³Россия участвует с 29 декабря 1992 г.

вительства, в результате которого владелец гарантии лишается права собственности над своим капиталовложением, контроля над ним или существенного дохода от такого капиталовложения, за исключением общеприменимых мер правительствами с целью регулирования экономической деятельности на своей территории». Такая же терминология применяется в Руководстве по регулированию прямых иностранных инвестиций, разработанных под эгидой МБРР⁴. В специальном материале, подготовленном Конференцией ООН по торговле и развитию (ЮНКТАД), обозначены следующие виды изъятия: прямая национализация, прямая национализация отрасли промышленности, изъятие в специальных целях, ползучая национализация.

С правовой точки зрения прямая национализация означает полное принудительное изъятие собственности иностранного инвестора в ходе осуществления инвестиционной деятельности на территории чужого государства, как правило, по политическим соображениям. Эти меры могут сопровождаться установлением окончательного государственного контроля над экономикой страны и включают иногда захват всех средств производства, находящихся в частной собственности. В случае прямой национализации отрасли промышленности государство стремится реорганизовать эту отрасль путем изъятия частных предприятий в отрасли и установления государственной монополии (например, национализация медной промышленности в Чили и нефтяной – в Иране).

Поскольку иностранная инвестиционная деятельность напрямую зависит от конкретной земельной территории, изъятие государством земель в значительных масштабах также наносит неопределимый ущерб иностранному инвестору. Изъятие в специальных целях в соответствии с определением ЮНКТАД предусматривает, что зарубежная фирма, господствующая на рынке, или в отдельной отрасли производства, или на отдельном участке земли, например необходимом для строительства дорог и коммуникаций, является целью национализации.

По мнению американских авторов П. Камекса, С. Кинселлы, авторов книги «Международное право на защите иностранных инвестиций: правовые аспекты политических рисков», изданной в Нью-Йорке в 1997 г., понятие экспроприации включает в себя также понятия «кон-

⁴Русский неофициальный текст этого международного документа помещен в кн.: Доронина Н.Г. Комментарий к закону об иностранных инвестициях. М., 2000. С. 63-74.

фискации и национализации». Экспроприация, по их мнению, это изъятие принимающим инвестиции государством собственности инвестора под предлогом «общественных интересов». Национализация может отличаться от экспроприации тем, что в первом случае речь идет, как правило, о принудительном изъятии иностранных капиталов из специфических отраслей производства, таких как нефтедобыча, страховая и банковская система, рудная промышленность, в целях проведения социально-экономических реформ. В качестве примера массовых национализаций, причем без компенсации, они приводят принудительное изъятие транснациональных компаний и банков в Перу в 1968 г.

Нет единства в применении рассматриваемых терминов и у авторов фундаментального труда «Договор к Энергетической Хартии: путь к инвестициям и торговле для Востока и Запада». Как известно, ДЭХ является моделью взаимодействия институциональных структур, необходимой для стимулирования инвестиций и торговли в энергетических и связанных с ними отраслях во всем мире, которая содержит механизм покрытия рисков реализации инвестиционных проектов.

Известный специалист Томас В. Вальде, рассматривая основные инвестиционные обязательства государства, говорит об экспроприации, а его коллега Джезвальд У. Салакьюзе⁵ – о национализации, экспроприации или других формах нарушения прав собственности государственными властями принимающей страны⁶.

В отечественных правовых источниках вообще не употребляется термин «экспроприация». Пущенное в обиход с легкой, вернее, твердой руки большевиков слово «национализация» приобрело в России устойчивое значение, хотя не было использовано ни в Основах гражданского законодательства (1961 и 1991 г.г.), ни в Гражданском кодексе 1964 г. Вероятно, поэтому данный термин вообще отсутствует в последнем советском издании юридического словаря, а в гражданское законодательство РФ был введен только недавно. Статья 235 действующего Гражданского кодекса РФ определяет национализацию как «обращение в государственную собственность имущества, находящегося в собственности граждан и юридических лиц» и устанавливает необходимость возмещения стоимости этого имущества и других убытков в порядке, установленном ст. 306 ГК РФ.

⁵ Договор к Энергетической Хартии: путь к инвестициям и торговле для Востока и Запада. М., 2002. С. 253-256.

⁶ Там же. С. 298-299.

Таким образом, для правовой характеристики принудительных мер изъятия иностранной собственности отсутствует единая общепринятая терминология в сфере международного права. Чтобы избежать двусмысленной трактовки понятий «национализация», «экспроприация», «реквизиция», «конфискация», необходимо четко и ясно определить их правовое содержание. Дело в том, что юридическая природа данных понятий различна, поскольку речь идет о неодинаковых формах и способах ограничения и аннулирования прав собственности. Но все эти понятия объединяет одно юридическое содержание: лицо, осуществляющее инвестиционную деятельность в условиях чужого государства, не добровольно, а вынужденно лишается своих капиталов и дивидендов. Особенностью последних десятилетий является то, что более активно применяются не прямые, а косвенные, так называемые ползучие формы принудительного изъятия иностранной собственности.

Термин «национализация» с позиции отечественного законодательства в общем виде представляет собой государственно-властный акт, направленный на принудительное прекращение права частной собственности на определенные имущественные комплексы и (или) права частного участия в долях и капиталах организации и возникновении права собственности на это имущество (право участия в долях и капиталах) у государства, как правило, в экстремальных условиях (революции, войны, кризис и т.д.)⁷.

Национализация любого имущества допустима только путем издания индивидуально-определенного акта о принудительном изъятии конкретного имущества органом государственной исполнительной власти (п. 3 ст. 35 Конституции РФ). Принято считать, что национализация как принудительный акт не подлежит оспариванию в судебном порядке. Принципиальным является то, что любая национализация должна сопровождаться выплатой равнопроцентного и справедливого возмещения, причем на предварительной основе (п. 3 ст. 35 Конституции РФ).

Что касается реквизиции, то это принудительная мера по изъятию имущества у собственника в государственных или общественных целях с выплатой собственнику стоимости имущества. Реквизиция по закону должна носить временный характер. Это форма принудительного изъятия применяется при стихийных бедствиях, авариях, эпи-

⁷ Белов А. В. Национализация в российском гражданском праве: история и современность // Законодательство. 2000. № 3. С. 19-20.

демиях и при других чрезвычайных обстоятельствах. Реквизиция осуществляется по решению государственных органов. Как национализация, так и реквизиция должны сопровождаться выплатой компенсации иностранному инвестору.

С точки зрения российского права конфискация имеет другую юридическую сущность. Она рассматривается как санкция за совершение преступления или иного правонарушения. В предусмотренных законом случаях общегосударственный, арбитражный суд или другой государственный орган выносит решение о безвозмездном изъятии имущества. Конфискация может применяться как мера административной либо гражданско-правовой ответственности. В уголовном законодательстве конфискация иногда применяется как дополнительная мера наказания за особо тяжкие преступления.

Определенные трудности вызывает отграничение национализации от реквизиции и конфискации. Современное представление о национализации основано на сугубо национальных реалиях и не учитывает международного опыта. Бытует мнение, что реквизиция и конфискация представляют собой две разновидности национализации: реквизиция – это возмездная национализация, а конфискация – безвозмездная. В действительности национализация четко отличается от конфискации, по крайней мере по признакам возмездности. Ибо конфискация действительно представляет собой безвозмездное изъятие имущества из частной собственности в собственность государственную.

Право собственности на реквизированное имущество переходит государству, но это право обременено правом требования со стороны бывшего собственника о возврате этого имущества по окончании действия оснований реквизиции. Данное право требования существует под отменительным условием и применяется только в случае, если ко времени окончания действия указанных обстоятельств реквизируемое имущество остается в государственной собственности.

Ничего подобного в случае национализации быть не может, если иное не будет предусмотрено специальным законом. Согласно общему правилу, национализация не влечет обременения права государственной собственности на национализированное имущество какими-либо правами требования бывшего собственника. Наконец, правовое регулирование реквизиции осуществляется специальным законом.

Категории «национализация», «экспроприация», «реквизиция», «конфискация», встречаемые в двусторонних международных дого-

ворах о поощрении и взаимной защите капиталовложений, имеют в определенной степени собирательное значение, так как под этими мерами подразумевается не только сам факт национализации, но также действия государства, которые могут рассматриваться как фактически осуществленная национализация или экспроприация, например замораживание счетов, запрет перевода инвестиций в иностранной валюте за рубеж и т.д.⁸

Следует разобраться также с такими понятиями, как «законная экспроприация» и «незаконная экспроприация».

Проведение различия между «законной» и «незаконной» экспроприацией известно еще со времен дела о фабрике в Чорзове (Германия против Польши) 1928 г. Данное арбитражное дело, как оно истолковывается в общем случае, указывает на то, что *restitutio in integrum*, то есть восстановление материальных активов или выполнение особых положений контракта, возможно, если экспроприация была незаконной, и ни в каком ином случае.

Разделение мер принудительного изъятия иностранной собственности на «законные» и «незаконные» происходило в ходе работы Трибунала по рассмотрению претензий Ирана и США, когда Ирану предъявлялись претензии либо в нарушении стабилизационных положений, либо в осуществлении дискриминационных мер по отношению к американским инвесторам.

Чем же отличается «незаконная» экспроприация от «законной»? Можно, например, представить ситуацию, что государство незаконно экспроприировало иностранные инвестиции, нарушив в ходе этого стабилизационное положение или осуществив дискриминацию по политическим мотивам. Но если при этом инвестору была выплачена «справедливая рыночная стоимость» его капиталов, то трудно предположить, чтоб инвестор или его государство учинили иск против экспроприировавшего государства. Даже при другом варианте развития событий трудно представить, что международный арбитражный суд присудит выплату дополнительных, фактически карательных, компенсаций инвестору как следствие признания незаконности изъятия. Другими словами, можно не сомневаться, что интересы инвестора были бы полностью соблюдены, если бы он получил компенсацию в объеме справедливой рыночной цены своих капиталов.

⁸ Comeaux Paul E., Kinsella N. Stephan. Protecting Foreign Investment Under International Law: Legal aspects political Risks. New-York, 1997. P. 7-9; Доронина Н.Г., Семилюткина Н.Г. Правовое регулирование иностранных инвестиций в России. М., 1993. С. 79.

Поэтому незаконная экспроприация должна рассматриваться главным образом как усугубляющее обстоятельство в тех случаях, когда государство-реципиент прежде всего не выплатило инвестору «быстрой, достаточной и эффективной компенсации». И, что, возможно, еще более важно, это усугубляющее обстоятельство может оказать дополнительное влияние на арбитражный Трибунал в отношении «справедливой рыночной стоимости»⁹.

Думается, будет правильно ставить знак равенства между понятиями «национализация» и «экспроприация», поскольку они подразумевают одну и ту же форму принудительного изъятия иностранной собственности.

В международном инвестиционном праве термин «конфискация» следует применять для обозначения нелегальной национализации (экспроприации) или восстановления нарушенных имущественных прав в соответствии с нормами международного права.

3. Скрытые (ползучие) формы национализации

В связи с этим вопросом интересным представляется Гарвардский проект Конвенции о международной ответственности государств за ущерб, причиненный иностранцам, который касается концепции собственности на все виды движимого и недвижимого имущества, включая промышленную, литературную и художественную собственность, а также доли и интересы в собственности. В понятие «косвенное изъятие» статья 10 (3а) Гарвардского проекта включает «любое такое неразумное вмешательство в использование, пользование или распоряжение собственностью, приводящее к тому, что собственник не в состоянии использовать или пользоваться собственностью в течение разумного периода времени после начала вмешательства».

Если экспроприация сопровождается серией недружественных акций, из-за чего инвестор в конечном итоге лишается своих ценностей, данную ситуацию обобщенно можно назвать скрытой или косвенной экспроприацией (национализацией). Такого рода принудительные меры, направленные на официальное препятствие свободному распоряжению инвестором своими доходами низводят его до положения номинального собственника. В качестве мероприятий косвенной

⁹Нортон М. Патрик. Назад в будущее: экспроприация и Договор к Энергетической Хартии // Договор к Энергетической Хартии: путь к инвестициям и торговле для Запада и Востока. М., 2002. С. 325.

экспроприации могут стать возрастающее увеличение налогов, ужесточение правил, экспортно-импортные ограничения, вмешательство в ценовую политику, зональные законы, наложение ареста на банковские счета, установление «сверху» чрезмерно высокой заработной платы и контроль за ходом перевода платежей¹⁰.

Другая форма косвенной экспроприации – назначение со стороны государства специальных менеджеров для управления тем или иным инвестиционным проектом. Например, в ходе исламской революции правительство Ирана отстранило руководителя американской компании от ведения дел и назначило своих менеджеров или директоров. Хотя эти действия не назовешь прямым отчуждением, по своему эффекту они привели к лишению прав собственников на распоряжение своей собственностью.

Кроме того, скрытая экспроприация может заключаться в искусственном навязывании местными властями цен на продукцию, выпускаемую в ходе инвестиционной деятельности. Такая форма экспроприации широко применялась в нацистской Германии.

С юридической точки зрения элемент неопределенности относительно того, на каком основании проводится различие между изъятием, влекущим ответственность, и отчуждением, которое не влечет подобного, выступает в данном случае очень важным моментом. Ползучая, или скрытая, национализация, нося косвенный характер, представляет собой постепенное ущемление прав иностранного инвестора, что снижает эффективность капиталовложений. Формально зарубежный предприниматель остается хозяином своей собственности, но его права на ее использование в ходе осуществления инвестиционной деятельности ограничиваются произвольным вмешательством государства.

К скрытой экспроприации относятся также насильственное отчуждение акций, вмешательство в право управления, назначение внешнего управляющего, дополнительное налогообложение или отмена ранее представленных налоговых и таможенных льгот, отказ в доступе к местным материалам¹¹. Овладение контрольным пакетом акций в иностранной компании также считается изъятием контроля над активами и прибылью предприятия. Отчуждение собственности может состо-

¹⁰ Comeaux Paul E., Kinsella N. Stephan. Protecting Foreign Investment Under International Law... P. 8-9.

¹¹ Dolzen R. Indirect Expropriation of Alien Property//ICSID Review: Foreign Investment Law Journal. 1997. Vol. 1 P. 41-65; Cpristee G.G. What is a Taking of Property under International Law. 1962. Vol. 38. P. 575.

ять в изъятии тесно связанных вспомогательных прав, вытекающих из патента и контрольного пакета, которые не были предметом прямой национализации¹².

Исходя из теории и практики международного инвестиционного права изменения в налогообложении лишь в том случае можно определить как «экспроприационные» (представляющие собой «ползучую экспроприацию» или «фактический захват»), если было намерение подорвать собственность экономических продуктивных активов таким образом, чтобы вынудить пойти на ликвидацию. Но юридически доказать нарушение положений о стабилизации налогообложения, как показывает международная арбитражная практика, бывает чрезвычайно трудно.

Следует остановиться на совершенно другом аспекте проблемы. Предположим, преднамеренная правительственная политика использования налогообложения для подрыва функционирующего инвестиционного проекта и принуждения к его ликвидации отсутствует, но постоянные налоговые проверки вкупе постепенно подрывают конкретную иностранную инвестиционную деятельность, лишают проект всякой экономической ценности. Представляет ли такое мероприятие конфискационную экспроприацию, если государство-реципиент было поставлено в известность о последствиях? Такой сценарий вполне возможен. В качестве примера можно привести недавнюю налоговую ситуацию (федеральное, региональное и муниципальное налогообложение) в отношении нефтяных инвестиций в России, когда фактически иностранные инвесторы лишались возможностей получать прибыль.

4. Международное право о компенсации при национализации

С точки зрения международного права осуществление национализации – прерогатива внутренней компетенции государства, международный орган не может обсуждать меры по национализации иностранных инвестиций. В свое время это нашло подтверждение в решении Международного суда ООН, который признал себя некомпетентным рассматривать жалобу правительства Великобритании (1951 г.) в связи с национализацией Ираном Англо-Иранской нефтяной компании. Но в связи с этим, на наш взгляд, трудно согласиться

¹²Show M.N. International Law. 4-th. Ed. Cambrige, 1997. P. 575.

с точкой зрения, что международное право не регулирует и не может регулировать отношения собственности, возникающие между государством и частными физическими лицами¹³.

Международно-правовое регулирование иностранных инвестиций уже давно превратилось в дополнительный, но существенный механизм защиты прав и интересов иностранных инвесторов. Вопросы условий, например компенсации при принудительном изъятии иностранных инвестиций, стали юридически закрепляться в международно-правовой договорной практике. «Государство не может экспроприировать или иным способом захватить полностью или в какой-либо части иностранные частные инвестиции, находящиеся на его территории, или принимать меры регулирования, влекущие за собой аналогичные последствия, за исключением случаев, когда это совершается в соответствии с применением к данным обстоятельствам юридической процедуры, для достижения общественно полезных целей, при отсутствии дискриминации, связанной с иной государственной принадлежностью инвестора, и при условии выплаты надлежащей компенсации», – говорится в Руководстве по регулированию прямых иностранных инвестиций Международного Банка.

В современном международном праве существуют две основные доктрины по поводу национализации¹⁴. Что касается развивающихся государств, то они придерживаются той, согласно которой право на национализацию является неотъемлемым атрибутом государственного суверенитета. Само это право, ничем не может быть обусловлено, то есть осуществляется независимо от наличия или отсутствия интересов общества в национализации, а компенсация выплачивается с учетом всех обстоятельств («отсутствие достаточного количества твердой валюты» и т.д.). Эта доктрина нашла отображение во многих документах ООН, среди которых наибольшую известность приобрели резолюция Генеральной Ассамблеи ООН № 1805 «О национальном суверенитете над природными ресурсами», Хартия и Декларация о новом международном экономическом порядке.

Традиционная западная доктрина также признает право государства на экспроприацию, но требует, чтобы она осуществлялась: а) в общественных интересах; б) на законном основании; в) без дискриминации;

¹³ Богуславский М.М. Международное частное право. М., 1998. С. 169.

¹⁴ White G. Nationalization of Foreign Property. London, 1961. P. 41-47; Shwarzenberger G. Foreign investments and international Law. London. 1969. P. 5-11

г) сопровождалась быстрой, адекватной, эффективной компенсацией.

Термин «в общественных интересах», широко применяемый в международной договорной практике, был заимствован из ст. 1 первого Протокола от 20 марта 1952 г. к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. В этой статье говорилось, что каждое физическое и юридическое лицо имеет право беспрепятственно пользоваться своей собственностью. «Никто не может быть лишен своего имущества, кроме как в интересах общества и на условиях, предусмотренных законом и общими принципами международного права».

Бесспорно, что национализация возможна лишь в случае ее соответствия конкретной норме действующего в момент акта национализации закона. В противном случае это является не чем иным, как актом насилия, произвола и причинения ущерба. Любые принудительные меры в отношении иностранных инвестиций не должны носить дискриминационного характера, то есть они не должны проводиться выборочно с учетом национальности капитала.

Итак, международное право четко и недвусмысленно требует быстрой, адекватной и эффективной компенсации, поскольку экспроприация без выплаты компенсации – величайший риск.

Интересным представляется вопрос об использовании формулы Халла в международной арбитражной практике, поскольку правоприменительная практика наглядно свидетельствует о жизнеспособности тех или иных теорий и доктрин. В принятых в последнее время арбитражных решениях принцип незамедлительной, достаточной и действительной компенсации не получил поддержки. Три арбитражных рассмотрения по вопросу ливийской нефти не внесли ничего сколь-нибудь существенного в этот спор. В спорах по «Тексако» и «Бритиш Петролеум» была сделана ссылка на полную компенсацию, однако перед этим был сделан вывод о незаконности национализации. В деле «Бритиш Петролеум» судья Ларерген заявил, что полная компенсация не является нормативом, применимым к законным национализациям. В деле о компании «Лиалко» арбитр заявил, что стандарт Халла заменен стандартом «удобной и достаточной компенсации». В арбитражном деле «Аминойл», где рассматривалась деятельность, связанная с сектором энергетики, поддержан такой стандарт компенсации, который составляет сумму меньшую, чем полная компенсация.

Трибунал по рассмотрению претензий Ирана и США не дает ясного указания о том, какие стандарты использовать. Хотя американские ар-

битры неизменно выносили решение о незамедлительной, достаточной и действительной компенсации в качестве общепринятой нормы, а иранские арбитры постоянно возражали против этого, нейтральные арбитры не продемонстрировали безоговорочной поддержки ни одного из указанных взглядов. Следует заметить, что комментаторы также давали различные толкования решениям Трибунала по рассмотрению претензий Ирана и Соединенных Штатов. Американские исследователи, как правило, выделяли те решения, в которых был поддержан стандарт Халла, а их коллеги из Ирана и других развивающихся стран выделяют те решения, в которых поддержан стандарт надлежащей компенсации. При этом единых подходов к данной проблеме практически не обнаружилось.

Следует отдельно остановиться на одном из недавних арбитражных решений по претензии «Эбрахаими», поддержавшем стандарт надлежащей компенсации¹⁵. Председателем Трибунала был профессор Аранхио-Руис. Трибунал отмечал, что, «хотя международное право, несомненно, закрепляет обязательство предоставлять компенсацию за изъятую собственность, теория и практика международного права не подтверждает вывод о том, что норматив незамедлительной, достаточной и действительной компенсации является отражением стандарта международного права». Далее в своем постановлении Трибунал в качестве отправной позиции при рассмотрении стоимости компенсации рассматривал полную компенсацию. Трибунал отмечал: «С учетом мнений теоретиков права, арбитражной практики и прецедентов, принятых трибуналами решений, трибунал считает, что после надлежащей оценки полной стоимости собственности назначаемая сумма компенсации должна представлять собой надлежащее отражение соответствующих фактов и обстоятельств в каждом конкретном случае».

В итоге при расчете компенсации по делу «Эбрахаими» Трибунал вычел из причитающейся суммы компенсации «негативный «гуд-вилл» с тем, чтобы «принять во внимание конкретные обстоятельства каждого дела». Данное решение еще более запутывает международно-правовую норму, так как полная и безусловная компенсация Трибуналом рассматривается как отправная точка для решения вопроса о компенсации, которую следует выплатить. В свете конкретных обстоятельств, связанных с национализированными иностранными инвестициями, сумма компенсации сокращается.

¹⁵ Там же. С. 345-347.

Определенный интерес представляет практика Европейского Союза в вопросах, связанных с компенсацией за официальное изъятие собственности, которая не указывает на необходимость выплаты полной компенсации. В делах, связанных с толкованием Статьи I Протокола к Европейской конвенции по правам человека, которая касается права собственности, прослеживается тенденция к тому, что это положение не нарушается в случае изъятия собственности государством без выплаты полной компенсации. Хотя уровень договорных стандартов может быть выше уровня внутренних стандартов, это указывает на использование в практике европейских государств постулата о том, что полная компенсация не является общепринятой нормой.

Международные трибуналы последнего времени неизменно подтверждают требование международного права о том, что при экспроприации иностранной собственности должна выплачиваться полная компенсация. Продолжаются теоретические дебаты относительно сферы охвата возможных изъятий из этого стандарта, однако последние решения показывают, что оправданием для таких изъятий могли послужить только действительно чрезвычайные обстоятельства. Это подтверждение стандарта полной компенсации частично объясняется все более широким признанием того, что такой стандарт способствует привлечению иностранных инвестиций, имеющих жизненно важное значение для экономики¹⁶.

В ходе рассмотрения проблем компенсации в случае национализации представляют интерес соответствующие положения Договора к Энергетической Хартии, который можно рассматривать как очередную попытку создания глобальной системы защиты инвестиций. Пункт 1 статьи 13 ДЭХ определяет понятие «экспроприация» как включающее национализацию. Кстати, это лишает предметности возникающие иногда споры относительно того, отличается ли норматив, применяемый при изъятии в ходе национализации всей экономики или одного из ее секторов, от комплекса норм, применяемого при экспроприации конкретных иностранных инвестиций. Статья 13 однозначно утверждает, что полная компенсация должна выплачиваться в обоих случаях. При этом экспроприация ясно определяется как «мера или меры, имеющие аналогичные для национализации или экспроприации последствия». Другими словами, в соответствии с ДЭХ понятие

¹⁶Нортон М. Патрик. Назад в будущее: Экспроприация и Договор к Энергетической Хартии. С. 334.

«экспроприация» («национализация») охватывает меры «ползучей экспроприации», то есть меры, в результате коллективного или кумулятивного (а не индивидуального) действия которых происходит изъятие собственности. Как явствует из вышеизложенного, ДЭХ закрепляет традиционные западные принципы компенсации, например формулу Халла, и вводит концепцию «справедливой рыночной цены».

5. Российское законодательство о компенсации при национализации

В Федеральном законе «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» от 9 июля 1999 года среди одиннадцати основных гарантий, предоставляемых иностранным инвесторам, три непосредственно регулируют вопросы правового обеспечения гарантий при принудительном изъятии иностранной собственности. Во-первых, речь идет о гарантии компенсации при национализации и реквизиции имущества иностранного инвестора или коммерческой организации с иностранными инвестициями (ст. 8). Две другие статьи предусматривают недопущение косвенных или скрытых видов национализации при переводе за пределы России доходов, прибыли и других правомерно полученных денежных сумм (ст. 11) и вывозе имущества и информации (в документальной и электронной формах), которые первоначально были ввезены на территорию Российской Федерации в качестве иностранных инвестиций (ст. 12). Таким образом законодатель попытался обеспечить надежную правовую защиту иностранной собственности в условиях политической и экономической нестабильности России, поскольку повышение уровня правовой защиты иностранных инвестиций является одной из ключевых задач при создании благоприятного инвестиционного климата. Насколько удалось достичь поставленной цели – ответ на этот вопрос находится не только в плоскости российского инвестиционного права. Сущность и тенденции правового регулирования иностранных инвестиций обуславливают необходимость совместной компетенции и юрисдикции государств, согласованных в международных двусторонних договорах о взаимном поощрении и защите инвестиций, а также в многосторонних конвенциях¹⁷.

Основополагающей нормой в случае национализации и реквизиции, как уже говорилось, является выплата компенсации. Ста-

¹⁷ См.: Фархутдинов И.З. Иностранные инвестиции в России и международное право. Уфа, 2001. С. 71-92.

тъя 8 Закона об иностранных инвестициях в Российской Федерации от 9 июля 1999 года предусматривает, что «имущество иностранной или коммерческой организации с имущественными отношениями не подлежит принудительному изъятию, в том числе национализации, реквизиции, за исключением случаев и по основаниям, которые установлены Федеральным законом или международным договором Российской Федерации». Далее данная же статья закрепляет важнейший принцип международного инвестиционного права о том, что «при национализации иностранному инвестору или коммерческой организации с иностранными инвестициями возмещаются стоимость национализируемого имущества и другие убытки».

Но, к сожалению, действующий закон не стал обременять себя общепринятым в международном праве положением о возможной национализации только в случае, когда эта мера применяется «в общественных интересах», а также о «быстрой, адекватной и эффективной компенсации». Примечательно, что буквально такую формулировку содержит ст. 7 старого Закона об иностранных инвестициях от 4 июля 1991 года. В действующем Законе не упоминается также, как это предусматривалось в предыдущем его аналоге, важнейшее положение о том, что компенсация, выплачиваемая иностранному инвестору, должна соответствовать реальной стоимости принудительно отчуждаемых инвестиций непосредственно до момента, когда официально стало известно о фактическом осуществлении либо о предстоящей национализации или реквизиции. Закон также прямо не предусматривает, что компенсация должна выплачиваться без необоснованной задержки в той валюте, в которой первоначально были осуществлены инвестиции, или в любой другой иностранной валюте, приемлемой для иностранного инвестора, а лишь ограничивается формулировкой «возмещаются стоимость национализированного имущества и другие убытки» (п. 2 ст. 8).

Этот явный отход от международно-правовых стандартов в данной сфере в определенной степени компенсируют двусторонние соглашения России более чем с 50 государствами о взаимном поощрении и защите капиталовложений. Одна из важнейших задач данных международных договоров состоит в том, чтобы гарантировать иностранному инвестору в наиболее возможной степени возмещение потерь, которые могут возникнуть в случае проведения национализации или

реквизиции¹⁸. Любое принудительное изъятие собственности, тем более если это происходит внезапно в результате неожиданных политических и экономических катаклизмов, приводит к существенным, а то и невосполнимым убыткам. Поэтому в случаях задержки с определением размера компенсации или ее выплаты устанавливается возможность выплаты процентов, которые должны исчисляться со дня изъятия капиталов или установленного дня выплаты.

В заключение следует особо отметить, что действие двусторонних договоров России с другими государствами гарантирует, что национализация не будет осуществляться иначе как при условии выплаты незамедлительной, достаточной и действительной компенсации, и поэтому будет действовать в качестве противовеса неотъемлемому праву государства осуществлять национализацию. Но временное участие России в Договоре к Энергетической Хартии, отсутствие универсальной международной инвестиционной конвенции (несмотря на неоднократные попытки принять ее), отход действующего российского закона об иностранных инвестициях от западной доктрины о национализации чреватой определенной опасностью в рассмотренной сфере.

¹⁸ Доронина Н.Г., Семилютин Н.Г. Государство и регулирование инвестиций. М., 2003. С. 76-98.